

연구논문

프랜차이즈 계약에서의 仲裁條項

윤 선 희*

〈목 차〉

- I. 처음에
- II. 프랜차이즈의 개념 및 보호범위
- III. 프랜차이즈계약의 요건
- IV. 프랜차이즈계약에서의 仲裁
- V 프랜차이즈계약의 중재조항과 독점금지
및 공정거래에 관한 법률
- VI. 맺음말

* 한양대학교 법과대학 교수

I. 처음에

산업의 발달로 인하여 인간의 사회문화, 의식구조 등은 변화하여 왔으며, 이와 더불어 사람과 사람을 관계짓는 양식 역시 변화하고 있다. 이에 계약이라는 그 대표적인 관계양식 역시 종래 법률이 인정하고 있던 소위 전형적 계약방식이외에도 새로운 계약 형태들을 요구하고 있으며, 이러한 요구에 부응하여 새로운 계약 형태가 발생되고, 사회적으로 인정되어 법률의 관심이 되기도 한다. 이런 과정을 밟고 있는 새로운 계약 형태 중의 하나가 본고의 주제가 되는 프랜차이즈 계약이다. 프랜차이즈(Franchise)란 용어는 영어를 그대로 표현한 것으로서 군주가 특정한 신민에게 일정한 분야에 대하여 특정인만이 사용할 수 있도록 권리를 부여한 것에서부터 유래되어¹⁾, 1900년대 미국의 석유 및 자동차 재벌들이 프랜차이즈 시스템 방식을 도입하여 판매망을 구축하고, 1930년대에는 식품업계와 청량음료업계가 가담함으로써 발전하기 시작한 것으로, 이때부터 미국에서 프랜차이즈라는 용어가 사용되게 되었다고 한다²⁾. 그 후 모든 분야에서 프랜차이즈

1) 프랜차이즈의 기원에 대하여 학설은 나뉘어지고 있다.

프랜차이즈는 로마시대 또는 중세 모험사업에서 비롯되었다는 설(Golden Square Service, *The successful Franchise : A Working Strategy*(East Bourn : Gower, 1985), p.3)과 1865년경 Singer재봉틀회사가 판매권을 가지는 소매점을 전국적으로 설치한데서 비롯되었다는 설(G.Golzen, Collin Barron and J.Severn, *Taking Up A Franchise*, 2nd ed.(London : Kogan Page, 1984), pp.17~18), 1880년경 영국에서 도시 인구의 증가에 따른 술의 수요인구증가로 여러 술집을 직영하지 않고도 그러한 수요에 대응하기 위하여 개발한 연쇄주점(Tied Pub, Tied House)에서 시작되었다는 설(Golden Square Service, *The Successful Franchise : A Working Strategy*(East Bourn : Gower, 1985), pp.3~4) 등이 있다.

한편 국내에서는 李銀榮 教授가 1995년 9월 21일 經濟正義實踐市民聯合主催 “프랜차이즈 계약의 문제점과 개선방향” 공청회에서 “프랜차이즈라는 용어는 프랑스어의 ‘francher’ 또는 ‘affrancher’에 유래하는 것으로서 [국왕에 의해 개인에게 부여되는 특권]을 의미했으나, 근래에 사업용어로서 이용되면서 고유한 뜻을 갖게 되었다”고 한다(李 銀榮, “프랜차이즈계약의 내용과 법적 규제”, 民法學論叢 : 厚巖 郭潤直 先生 古稀記念 第2集 / 厚巖 郭潤直 先生 古稀記念 論文集 編纂委員會(서울), 博英社(1995), 584면.

즈시스템 방식이 채택되어 최근에는 국내외의 유통업체뿐만 아니라 전 분야로 확산되어 가고 있다³⁾. 특히 이러한 프랜차이즈 시스템은 프랜차이저(franchisor: 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」에서는 「가맹본부」라고 정의하고 있으나, 본고에서는 「프랜차이저」라고 한다) 입장에서 보면 최소한의 비용과 위험부담으로 시장개척과 점유율 확장을 꾀할 수 있고, 프랜차이지(franchisee: 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」에서는 「가맹점사업자」라고 정의하고 있으나, 본고에서는 「프랜차이지」라고 한다) 입장에서 보면 당해 업종에 충분한 지식과 경험을 갖지 않은 상태에서 프랜차이저로부터의 영업지원과 기존 영업권의 보호막下的의 영업을 영위할 수 있으며, 소비자로서도 표준화된 시스템을 통해 균질의 상품 및 서비스 제공을 받을 수 있는 등의 여러 利點을 근거로 확장되고 있는 상태이다. 그러나 이러한 프랜차이즈는 그 새로운 형태성으로 인하여 프랜차이즈란 무엇이고 이러한 프랜차이즈 속에는 어떠한 내용들이 포함되는지 명확한 정의를 내리지 못하고 있다⁴⁾.

이와 같이 프랜차이즈계약의 영역이 확장되고 다양화됨에 따라, 분쟁의 양상도 다양화되고 있다. 모든 계약이 사적자치의 원칙으로 하여 상호 신뢰를 바탕으로 이루어지기는 하나, 분쟁의 발생을 대비하지 않을 수는 없으며, 계약당사자들은 재판이나 중재, 또는 조정·알선 등과 같은 분쟁해결 수단을 계약서에 명시하고 있다. 프랜차이즈계약 역시 최근의 양적 증가와 더불어 분쟁 발생 빈도도 증가하고 있으며, 더욱이 프랜차이즈시스템이 구미에서 유래된 만큼 국제적 거래로서 프랜차이즈계약이 성행함에 따라 국제분쟁으로서의 양상을 보이게 된다. 프랜차이즈계약 당사자들은 비

2) 金 重孝, “신지적재산권, 프랜차이즈에 관한 연구”, 발명특허, 1995.1., 41면; 鄭 琦 漢, “프랜차이즈시스템에 관한 연구”, 서울대 경영학석사학위논문(1980), 18면; 崔 永 洪, “加盟商契約의 法律問題에 관한 研究”, 高麗大學校 大學院 法學博士學位論文(1990), 14면.

3) 1994년 현재 30여개 업종에 350여개 가맹본부와 15,000개 이상의 가맹점이 프랜차이즈 사업을 영위하고 있는 것으로 파악됨(한국법제연구원 간, 연구보고 94-7, “프랜차이즈관행에 관한 연구(1994)”, 1면 참조).

4) 우리나라는 2002년 5월 13일 법률 제6704호로 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」을 제정하였다.

용과 시간 측면에서 상거래의 특성에 적합하지 않은 재판보다는, 당사자들의 risk-management 측면에서 유리한 중재를 선호하는 경향을 띄는 것도 사실이다.

본고는, 프랜차이즈계약의 개념과 그 특성에 대해 알아보고, 계약서상에 분쟁해결수단으로서 채택되고 있는 중재조항에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 프랜차이즈의 개념 및 보호범위

프랜차이즈 계약의 개념과 관련하여서는 프랜차이즈 시스템은 끊임없이 새로운 업종이나 업태를 개척하여 다양한 형태로 발전되어 가고 있으므로 그 개념을 명백히 하여 새로이 성립되는 영업이 프랜차이즈 개념에 해당 하는 것인가를 따지는 것은 의미가 없으며, 법률상으로도 프랜차이즈 계약을 정의하는 것은 의미가 없고 다만 그 실태에 따라 민법이나 상법, 독점 금지법 등의 법률을 적용하면 된다는 견해도 있다⁵⁾. 또한 실제로 아직 프랜차이즈(Franchise)란 무엇인가에 대해 위에서 명확히 정의를 내린 법규는 없으며, 미국이나 일본의 경우도 실무관행적인 개념으로 정의하는 것이 보통이고 학자들의 설명 역시 이를 반영하는 경우가 많다.

먼저 미국 통일주법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)에 의해 채택된 통일 프랜차이즈 및 사회기회법(Uniform Franchise and Business Opportunities) 제101조(7)에서는 프랜차이즈를 다음과 같이 정의하고 있다. 즉 “2인 또는 그 이상의 자가 명시적, 묵시적으로 또는 구두 또는 서면에 의하여 체결하는 계약으로서 ① 프랜차이저(Franchiser)가 프랜차이지(Franchisee)에게 중요부분에 관한 마케팅 계획에 따라 상품 또는 서비스를 공급, 판매 또는 배급 등의 사업에 종사할 권리를 부여하고, ② 이 마케팅계획에 따라 프랜차이지의 사업운영이 프랜차이저 또는 그 관계자가 소유하거나 허가받은 상표, 상호, 광고 또는

5) 川越憲治, フランチャイズの正義(下), NBL No. 397, p.42 참조.

상업상의 표지와 실질적으로 관련이 있고, ㉔ 프랜차이즈가 직접 또는 간접으로 프랜차이즈 수수료를 지급하거나 지급하기로 하거나 또는 지급할 것이 요구되는 것에 관해 정하는 계약 또는 대가를 받고 하위 프랜차이저로 하여금 독자적으로 프랜차이즈를 모집하도록 하는 총괄프랜차이즈 계약(master franchise)"을 프랜차이즈라고 하고 있다.

캘리포니아 프랜차이즈 투자법⁶⁾은 프랜차이즈란 "① 일방 당사자(프랜차이저)가 다른 당사자(프랜차이지)에게 수여자가 제시하는 유통계획에 따라 상품이나 서비스업을 제공하는 권리에 관한 계약이다. ② 프랜차이지의 영업은 실질적으로 프랜차이저의 상표, 서비스표, 로고 형태(logo type), 상호, 광고 또는 기타 상업적 표지(Symbol)와 연관되어 있다. ③ 프랜차이지는 그러한 관계를 성립 또는 유지하는 권리에 대한 대가(Franchise fee)를 지급한다"라고 정의하고 있다. 이러한 프랜차이즈 정의 규정은 다른 많은 주들에서도 채택되고 있다.

1978년 미국 통상위원회는 프랜차이즈에 관한 통상 규범을 제정한다. 프랜차이즈 관계를 운용하는 방법에 관한 조항이 아니라, 프랜차이즈 판매에 관한 조항을 두고 있는 이 연방상거래위원회(이하 'Federal Trade Commission'을 FTC라고 약칭한다) 규정⁷⁾은, 프랜차이즈를 다음과 같은 사항을 포함하는 상업적 관계라고 정의하고 있다.

① 프랜차이지가 프랜차이저의 상표, 서비스표, 상호, 광고 기타 상업적 표지로서 특정되어지는 상품이나 서비스를 유통하거나 프랜차이지가 제공하는 상품이나 서비스가 직접 또는 간접으로 프랜차이저의 품질수준에 적합하고, 프랜차이지가 프랜차이저의 상호로 영업하거나 그의 상표 또는 서비스표를 사용할 것.

② 이때, 프랜차이저는 프랜차이지의 영업에 관하여 상당한 정도의 지

6) 1970년 프랜차이즈 판매에 있어 어떤 프랜차이즈를 캘리포니아에서 법적으로 판매하려면 사전에 먼저 법인부에登記하도록 하는 프랜차이즈 투자법을 통과하여 1971년 1월 1일부터 시행함으로써 캘리포니아는 프랜차이즈의 제공과 판매를 직접 규율한 미국 최초의 주가 된다.

7) Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures

배권을 갖거나 영업을 상당한 정도로 지원할 것.

③ 프랜차이즈는 프랜차이즈 영업을 영위하는 대가로 영업개시후 첫 6개월 이내 또는 이전에 프랜차이저 또는 그 회원에게 프랜차이즈 영업을 획득 또는 개시하는 조건으로 500\$ 이상의 금액을 지불할 것.

일본 프랜차이즈협회가 정의하고 있는 프랜차이즈란 사업자(프랜차이저)가 타사업자(프랜차이지)와 계약을 체결하여, 자기의 商號, 商標, 서비스표 기타 영업의 상징인 標識 및 경영 노하우를 사용하여 동일한 이미지로 상품의 판매 및 기타 사업을 행할 권리를 부여하고, 반면에 프랜차이즈는 그 反對給付로서 일정한 對價를 支給하며, 사업에 필요한 자금을 投下하여 프랜차이저의 지도 및 원조하에서 사업을 행하는 양자간의 계속적 관계를 말한다라고 정의하고 있다⁸⁾.

국제 프랜차이즈협회(International Franchise Association)가 정의하고 있는 프랜차이즈 계약이란 프랜차이즈 설정자가 이용자의 영업에 대하여 노하우나 연수 등의 분야에서 계속적으로 이익을 제공하고 이용자는 자기 자본으로 설정자가 보유 또는 통제하는 상호나 양식 기타 절차에 따라 영업을 하는 계약관계라고 하고 있다.

영국 프랜차이즈 협회(British Franchise Association)가 정의하고 있는 프랜차이즈 계약이란 설정자가 이용자에게 실시권을 부여하는 계약으로 ① 이용자가 설정자의 상호나 기타 영업과 관련되는 명칭을 사용할 수 있고, ② 설정자가 이용자의 영업방식에 대하여 통제권을 가지며, ③ 설정자는 사업의 조직, 직원교육, 판촉활동, 영업방법 등과 관련하여 이용자의 사업운영에 조력할 의무를 지며, ④ 이용자는 약정 기간 동안 정기적으로 프랜차이즈료를 지급하고 설정자가 제공하는 상품이나 서비스의 대가를 지급하기로 약정하는 계약이다.

이상의 단체들 정의를 살펴 보면, 미국의 통일 프랜차이즈 및 사업기회 통일법과 캘리포니아 프랜차이즈 투자법의 정의는 프랜차이즈의 독립적 상인성에 대한 언급이 없고, 프랜차이저가 프랜차이즈의 영업과 관련한 통

8) 神崎克郎, 『商行爲法1』, 有斐閣(1973), p.425 ; 福永有利, 『新種・特殊契約と倒産法』, 商事法務研究會(1988), p.125.

제와 지원관계가 불분명하고 정의가 간결하지 못 하다. FTC규정의 정의는 영업표지를 중심으로 설명하여 상품·상호형 프랜차이즈의 정의는 될 수 있으나, 사업형 프랜차이즈의 정의로서는 될 수 없다.

국제 프랜차이즈 협회의 정의는 간결하면서도 넓은 의미의 내용을 포함하고 있으나, 프랜차이즈의 독립적 상인성이 명확하지 않으며, 프랜차이즈가 프랜차이즈의 영업활동, 판매활동, 점포관리, 판매전략 등의 영업비밀에 대한 통제관계를 명백히 하고 있지 않다.

영국 프랜차이즈 협회의 정의는 프랜차이즈 계약의 특성을 중심으로 구체적으로 정의하고 있으나 법률의 정의로서는 간결하지 못 하다고 생각한다.

우리나라는 프랜차이즈에 관한 일반법으로는 상법 제46조 제20호에 “상호·상품 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위”라고 하는 규정을 관련 규정으로 이해하여 학자들이 나름대로 그 정의를 시도하고 있다. 그러나 프랜차이즈 규정이라고 이해되고 있는 본 규정은 “프랜차이즈에 의한 영업의 통제 내지는 조력”이라는 주요 요소를 도외시한 규정으로서 프랜차이즈 정의 규정으로는 부족한 점이 있다⁹⁾. 또한 여기서 “상호·상표 등”이라는 규정은 상호·상표·서비스표 등의 영업표지로만이 해석될 수 있는 문제점이 있으며, 이러한 범문의 한계성은 본 규정을 근거하여 프랜차이즈를 설명하고 있는 학자들의 견해¹⁰⁾에서도 드러나고 있다.

9) 오히려 범문의 규정만을 살펴 본다면, 본 규정은 프랜차이즈 계약뿐만 아니라 상호, 상표의 라이선스 계약까지를 포함하여 새로운 상행위로서 인정하는 것이 아닌가라는 의심을 준다; 同旨, 손경한, “프랜차이즈와 지적재산권법”, AIPPI 저널, (사) 한국국제산업재산권보호협회, 5면.

10) 李 哲松 교수는 프랜차이즈란 “독립된 상인간에 일방(프랜차이즈 이용자)이 타방(프랜차이즈 설정자)의 상호나 상표 기타 영업에 관한 표지를 이용하며 아울러 자신의 영업에 관해 부분적으로 타방의 지휘감독을 받기로 하고 그에 대한 대가를 지급하는 계약”이라고 하고 있다(이 철송, 상법총칙·상행위, 박영사(1996), 538면).

崔 基元 교수는 프랜차이즈란 “수수료 등의 대가를 지급하고, 타인의 상호·상표·서비스표 등의 상업적 징표 및 경영노하우를 자기사업 운영에 이용할 수 있는 허가와 더불어, 그 제공자의 통제하에서 영업을 할 것을 내용으로 하는 독립된 상인간의 유상 쌍무계약으로서 전기업체제의 사용허가”라고 보고 있다(최 기

국내학자들의 정의를 종합적으로 살펴보면, 프랜차이즈 계약에는 다음과 같은 내용이 포함되어 있으면 된다고 보여 진다. ① 프랜차이즈는 프랜차이즈와는 독립된 상인이어야 하고, ② 프랜차이즈는 프랜차이즈에게 상호, 상표, 서비스표, 로고 등의 영업표지의 사용허락이 있어야 하고, ③ 프랜차이즈와 프랜차이즈가 공통의 영업표지하에서 영업활동을 함으로써 일반 소비자에게 동일한 기업인 듯한 외관을 나타내어야 하고, ④ 프랜차이즈는 프랜차이즈의 경영지도, 판매방식 등 사업경영에 필요한 일체의 것에 대해 통제와 조력을 받아야 하고, ⑤ 프랜차이즈는 프랜차이즈로부터 상호, 상표, 서비스표 등과 경영지도등 사업경영에 필요한 것을 사용허락받

원, 상법총칙·상행위, 박영사(1994), 715면).

徐憲濟 교수는 프랜차이즈란 “가맹본부(프랜차이즈)가 가지고 있는 영업표지(상호, 상표)를 가맹점(프랜차이즈)에게 사용하게 하고, 가맹점에 대한 물품의 공급이나 판매 기타 사업경영에 대해 통일적인 방법으로 지도 관리하는 형태의 사업계약”이라고 하고 있다(서헌재, 국제거래법, 법문사(1996), 364면).

孫珠贖 교수는 “프랜차이즈 계약은 당사자의 한 쪽(프랜차이즈)이 상대방(프랜차이즈)의 상호·상표·서비스표 등의 영업표지를 자기(프랜차이즈)의 영업을 위하여 이용하되, 프랜차이즈는 자기의 영업과 관련하여 프랜차이즈의 지도와 통제를 받고, 이에 대하여 일정한 대가를 지급할 것을 내용으로 하는 계약”이라고 하고 있다(손주찬, 신공정거래법, 법경출판사(1990), 276면).

姜熙甲·金淑子 교수는 “프랜차이즈 계약이란 일방(프랜차이즈 설정자)이 타방(이용자)에게 자기의 영업표지와 경영 노하우 등을 이용하여 동일한 외관하에 영업을 할 권리를 부여하고, 그 영업과 관련하여 조력과 통제를 가하며 타방은 이에 대하여 대가(프랜차이즈료)를 지급할 것을 약정하는 독립적 상인간의 계속적 계약관계”라고 정의하고 있다(강희갑·김숙희, “프랜차이즈 계약의 법적 규제에 관한 연구”, 명지대 사회과학논업 제 6권(1991.12), 7면; 정동운, 앞의 논문, 278면).

李銀榮 교수는 “프랜차이즈 계약이란 프랜차이즈(가맹본부)의 상표나 상호 기타 서비스표 등의 영업표지를 프랜차이즈(가맹점주)의 영업활동을 위하여 이용하되 제공자가 영업에 관하여 지시하고 통제하는 내용으로 하는 계약”이라고 보고 있다(이은영, 앞의 글).

崔永洪 박사는 “加盟商契約(프랜차이즈 계약)이란 당사자의 일방(加盟本部)이 타방(加盟商)에게 자기의 영업표지를 이용하여 영업을 하도록 허가하고 그 영업과 관련하여 통제와 조력할 것을 약정하며, 타방에 이에 대하여 대가(加盟料)를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 독립적 상인간의 계약이다”라고 정의하고 있다(최영홍, 앞의 논문, 29면).

아 사용하는 대가로 로열티를 지불하면 된다고 보여 진다. 그런데, 이러한 ①~⑤는 영업표지를 중심으로 한 상호·상표형 프랜차이즈에 대한 정의로서는 충분한 설명이라고 생각된다. 그러나, 프랜차이즈 계약이란 상호권 사용허락계약, 상표권 사용허락계약, 서비스표 사용허락계약 등의 영업표지에 관한 계약과 특허라이선스계약, 기술적·영업적 노하우라이선스계약, 영업비밀계약, 기술지도계약, 기술이전계약, 기술도입계약 등의 기술에 관한 계약, 합작투자회사설립계약, 플랜트수출계약 등을 포함하므로 협의의 프랜차이즈 계약 정의는 될지라도 광의의 프랜차이즈 계약의 정의는 될 수 없다.

프랜차이즈는 상호·상표·서비스표 등의 영업표지뿐만 아니라 패스트푸드와 같은 경우에는 기술적인 것을 포함하게 된다. 즉 프랜차이즈 계약이란 상품매매 계약을 포함하여, 상호권 사용허락계약, 상표권 사용허락계약, 서비스표 사용허락계약 등의 영업표지에 관한 계약과 특허라이선스계약, 기술적·영업적 노하우라이선스계약, 영업비밀계약, 기술지도계약, 기술이전계약, 기술도입계약 등의 기술에 관한 계약, 합작투자회사설립계약, 플랜트수출계약 등을 포함한 계약을 의미하게 된다. 특히, 지금까지의 국내 프랜차이즈 계약은 대부분 합작회사의 설립이나 지사 또는 지점형태나 기술도입계약의 형태로 행하여져 왔다. 따라서 “상호·상표 등”에 대하여는 기존의 해석보다 더 확대된 해석이 필요하며, 근본적으로 법문의 규정 자체에 한계가 있다.

한편 이러한 프랜차이즈 계약은 단순한 프랜차이저의 기술만에 대한 사용허락이 아니고 프랜차이저의 상호, 상표, 서비스표, 로고, 저작권, 기술적·영업적 노하우(경영지도등), 의장, 영업비밀, 판매방식 등 사업경영에 필요한 일체의 것에 대한 사용을 허락하고 프랜차이저는 이를 양수받아 자기 자신이 소유하고 경영하는 형태로 예컨대 McDonald's 햄버거나 Kentucky Fried Chicken(KFC) 등과 같은 것을 의미한다¹¹⁾. 따라서, 프랜차이즈란 어떤 상인(프랜차이즈 본부 내지 프랜차이저)이 일정 지역의 다

11) 여기서는 本社가 直營하는 형태로 프랜차이즈 경영시스템에서는 제외된다 하겠다.

른 상인(프랜차이즈 가맹점주 내지 프랜차이지)에 대하여 자기의 상호·상품 등 영업을 상징하는 표지를 사용하여 상품 또는 서비스를 판매하거나 기타 영업을 할 수 있는 권리를 부여함과 동시에 영업에 대한 일정한 지원·통제를 하는 한편, 선택적으로 그 영업에 관한 노하우를 제공하거나 상품을 공급하고, 이에 대하여 프랜차이지는 프랜차이지에 대하여 대가로써 가맹비, 보증금 또는 로열티나 상품대금 등을 지급하는 계속적 지급관계를 말한다. 그리고 프랜차이즈 계약이란 프랜차이지와 프랜차이지 사이에 상호·상품 등의 사용권 부여와 일정한 영업상의 지원·통제 또는 노하우의 제공이나 상품 공급 등과 이에 대한 가맹비, 보증금 또는 로열티의 지급이나 상품대금의 지급 등을 합의하는 계약을 말한다¹²⁾.

그리고 2002년 5월 13일 제정된 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」은 상법 제46조 제20호의 특별법으로서 동법 제2조 제1호는 “가맹사업”이라 함은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지(이하 “영업표지”라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다. 이하 같다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다고 하며, 동법 동조 제2호에서는 “가맹본부”라 함은 가맹사업과 관련하여 가맹점사업자에게 가맹점운영권을 부여하는 사업자를 말한다고 하며, 동법 동조 제3호에서는 “가맹점사업자”라 함은 가맹사업과 관련하여 가맹본부로부터 가맹점운영권을 부여받은 사업자를 말한다고 하고 있다.

12) Henry C. Black's Law Dictionary, West Pub. Co.; Minn.(1990), 658-659면; 末川博外編, 新法律學辭典, 日本評論社(1991), 995면; 田中英夫編, 英美法辭典, 東京大學出版會(1991), 361-362면; 최영홍, 앞의 논문, 22-29면; 정동윤, “새로운 유형의 상행위 - 프랜차이즈(franchising)에 관하여”, 기업의 행방, 박영사(1991), 278-280면; Pengilley Warren, "International Franchising Arrangement and Problems in their Negotiation", The New Zealand Law Journal, Vol. 1988(March 1988), 79-80면; Mathewson G. Frank & Winter Ralph A., "The Economics of Franchise Contracts", The Journal of Law & Economics, Vol.28(October 1986), 503-606면 참조.

Ⅲ. 프랜차이즈 계약의 요건

1. 프랜차이즈 계약의 성립요건

프랜차이즈 계약의 성립요건은 ① 프랜차이저의 지적재산권 부여, ② 프랜차이저와 프랜차이지가 공동의 동일한 기업인 듯한 인상의 형성, ③ 프랜차이저의 통제 및 조력, ④ 프랜차이지의 독립적 상인성, ⑤ 프랜차이즈료의 지급 등을 들 수 있다.

(1) 프랜차이저의 지적 재산권 부여

영업표지를 중심으로 한 상호·상표형 프랜차이즈를 염두에 두고 있는 대체의 우리나라 학설은 프랜차이즈 계약의 성립요건으로서 ① 영업표지의 사용권 부여, ② 프랜차이즈 이용자와 설정자가 공통의 영업표지아래서 영업활동을 함으로써 일반 소비자에게 동일한 기업인 듯한 외관을 나타낼 것, ③ 프랜차이즈 설정자의 통제와 조력, ④ 프랜차이즈 이용자의 독립적 상인성, ⑤ 프랜차이즈료의 지급 등을 구성요건을 들고 있다는 듯하다¹³⁾. 그러나 영업표지의 사용권 부여란 구성요건은 앞에서 설명한 바와 같이 영업표지를 중심으로 한 상호·상표형 프랜차이즈 개념의 구성요소로서는 충분할지 모르나, 광의의 프랜차이즈 계약 개념을 이루는 구성요건으로서 는 한계가 있다. 특히 영업표지의 사용허락이 가맹점주의 영업이 본부의 영업표지와 실질적으로 관련성이 있음을 나타내는 요소로서 작용한다고 볼 때, 이는 프랜차이즈 계약의 또 다른 구성요소로서 제시된 프랜차이즈 이용자와 설정자가 공통의 영업표지아래서 영업활동을 함으로써 일반 소비자에게 동일한 기업인 듯한 외관을 나타내야 한다는 구성요건 속에 포함되어야 하는 요소이어야 할 것이다. 따라서 프랜차이즈 계약의 구성요건으로서 프랜차이저는 프랜차이저에게 자신이 소유하거나 부여할 수 있는

13) 강희갑·김숙자, 전제논문, 7면.

상호·상표 뿐만 아니라 특허권·영업비밀 등의 지적재산권을 사용할 수 있도록 하여야 한다. 이때 지적 재산권의 부여는 권리 그 자체의 讓渡를 의미하는 것이 아니라 그 사용권을 인정하는 것이다.

(2) 공동의 동일 기업으로서의 인상 형성

우선, 프랜차이저와 프랜차이저가 공동의 영업표지하에서 영업활동을 함으로써 일반 소비자에게 동일한 기업인 듯한 외관을 나타내어야 한다. 이때 영업표지로서는 상호, 상표, 서비스표, 로고 등이 그 대표적인 형태이겠으며, 선전담, 광고 등과 디자인 등 널리 프랜차이저와의 동일성을 나타내는 일체의 표현물 내지는 표현방법이 포함된다. 한편 이러한 영업표지는 프랜차이저의 영업활동에 있어 프랜차이저의 영업표지와 실질적인 관련성이 있다고 일반 소비자에게 전달되어야 한다. 따라서 상품이나 서비스의 공급자가 영업표지를 자신의 送狀이나 配給商에 대한 광고에만 사용하고 그 배급상이 일반 소비자와의 거래에 사용하는 것을 금지하는 경우에는 실질적인 관련성이 없다고 보아야겠다¹⁴⁾.

또한 프랜차이즈 점포 어디에서나 표준화된 상품과 서비스를 제공함으로써 동일한 기업이라는 인상을 일반 소비자에게 심어 주어야 할 것이다¹⁵⁾.

(3) 프랜차이저의 통제 및 조력

프랜차이저는 프랜차이저의 경영지도, 판매방식 등 사업경영에 필요한 일체의 것에 대해 통제와 조력을 받아야 한다. 즉 프랜차이저는 프랜차이저의 영업과 관련하여 그 영업에 대하여 계속적으로 지도와 조력을 하고,

14) Cal. Comm. Op. 71 16F, 73 18F.

15) 예컨대 McDonald's Corporation은 300명의 field service consultant를 두어 프랜차이저 영업점을 순회점검하면서 simplicity, cleanness, speed, quality, durability 등을 평가관리케 하여 동질의 맛과 품질을 유지하도록 하고 있으며, 재고관리, 현금관리, 작업일정, 햄버거 제조 및 dressing방법, 주방요원의 분업화, 청소하는 순서 등 상점운영에 관한 백과사전이라 할 수 있는 치밀한 operation manual에 의해 상품 및 서비스의 표준화를 관리하고 있다.

프랜차이저의 영업표지와 경영상의 영업비밀 등을 보호하기 위하여 통제를 하게 된다. 통제와 조력과 관련하여서는 그 경계가 명확하지 않으며 실제 그 구분의 실익도 없다 하겠다. 다만 일반적으로 설명되는 양자의 구분을 살펴보면, 영업형 프랜차이즈 계약에 있어 점포에 대한 승인권, 점포의 디자인이나 외관에 대한 요구, 영업시간에 대한 요구, 생산방법과 회계관행, 이용자의 참여나 재정지원을 요하는 판촉활동, 고객의 제한, 입지나 영역에 대한 제한 등이 통제로서, 규격판매, 수선 또는 영업훈련계획, 회계체계의 확립, 경영기법과 마케팅 또는 인력에 대한 충고, 입지의 선정, 상세한 운영교범의 제공 등이 조력으로서 논의된다¹⁶⁾.

한편 이러한 프랜차이저의 조력에 반하여, 프랜차이저는 점포의 구입비용·입차비용·인테리어비용·직원급료·공과금 등 점포시설과 운영에 드는 일체의 비용을 부담하는 것이 관행이다.

(4) 프랜차이지의 독립적 상인성

프랜차이즈 이용자(프랜차이지)는 프랜차이저와 독립된 상인어야 한다. 즉 프랜차이지는 프랜차이저의 단순한 기술뿐만 아니라 상호, 상표, 서비스표, 로고, 저작권, 기술적·영업적 노하우(경영지도등), 디자인, 영업비밀, 판매방식 등 사업경영에 필요한 일체의 것에 대한 사용을 허락받아 사용하기 때문에 소비자들은 외관상 동일(단일)한 기업의 지점 또는 분점으로 볼 수 있으나, 법률상 엄연히 독립한 별개의 영업주체로서 각각 자기의 사업에 관하여 출자하고 손익도 각자 부담하게 된다. 따라서 프랜차이저는 프랜차이지의 제3자에 대한 행위에 대하여 책임지지 않는 것이 원칙이다. 다만 프랜차이즈 계약의 특성상 제3자의 신뢰보호가 문제된다.

(5) 프랜차이즈료의 지급

無償의 프랜차이즈 계약도 생각할 수 있겠으나, 영리를 추구하는 상인에게 있어 무상계약이란 무의미하며, 우리의 상법 역시 프랜차이즈 계약을

16) 최영홍, 앞의 논문, 34-35면; 강희갑의 1명, 앞의 글, 8면; 법무부, 프랜차이즈의 법리, 1989, 20면 참조

기본적 상행위로 상법 제46조 제20호에 규정함으로써 당연상인이 되므로 계약서에 로열티에 관한 규정을 명시하지 않더라도 당연히 有價契約으로 보아야 할 것이다. 따라서 프랜차이지는 프랜차이저에게 반드시 프랜차이즈료를 지급하여야 하며, 이러한 프랜차이즈료는 프랜차이즈 계약에서 정한 사업에 가입한 권리를 취득하기 위하여 프랜차이지가 지급하거나 지급하기로 약정하는 일체의 요금 내지 부담금을 말하게 된다. 이에 그 명칭이나 형태를 묻지 않고 프랜차이저가 제공하는 여러 서비스와 영업표지의 사용허가에 대한 대가적 의미를 갖는 것은 프랜차이즈료라 볼 수 있겠으며, 일반적으로 이행보증금, 예치금, 공탁금, 가입비, 개설비, 광고비, 훈련비와 강습비, 로열티, 임대료, 서비스 비용 등을 들 수 있다.

이러한 프랜차이즈료의 지급 형태도 일시금 또는 할부금으로 지급될 수도 있고, 금액의 산정방법도 총판매액이나 순이익에 대한 일정비율의 로열티로 정하거나 프랜차이지가 수주 판매하는 단위를 기준으로 정하기도 한다. 또한 프랜차이저가 제공하는 상품이나 서비스의 가격에 프랜차이즈료를 포함시켜 부과하거나 시설·장비의 임대료에 포함시켜 부과하는 경우도 있다.

2. 프랜차이즈 계약의 법적 성질

프랜차이즈 계약은 상호, 상표 등의 영업표지를 비롯한 지적재산권에 대한 사용권 설정과 함께 영업상의 통제와 조력을 내용으로 하는 非典型의 有價, 雙務, 複合契約이다.

(1) 非典型 複合契約

프랜차이즈 계약의 성질에 대하여는 ① 상품의 공급자로부터 제공된 상품을 매수하여 이것을 자기의 계산으로 판매하는 특약점관계(Vertragshändlerbeziehung)와 유사한 계약이라는 견해¹⁷⁾, ② 상품배급 프랜차이즈 계약은 상품의 매매이고 영업형 프랜차이즈 계약은 노무급부매

17) Karsten Schmidt, Handelsrecht, 3 Aufl. 1987, S.678.

매(Dienstleistung Vertrieb)로서 일종의 권리용익 임대차(Rechtspacht)라는 견해¹⁸⁾ 등이 있다. 그러나 프랜차이즈 계약은 기존의 특약점 계약이나 연쇄점 계약 등과 그 유사성을 찾을 수 있으나, 프랜차이즈는 소자본으로 프랜차이저로부터 영업과 관련한 일체의 권리를 부여받고 그의 조력과 통제를 받는다는 고유의 특질로서 발전한 계약이다. 따라서 프랜차이즈 계약을 계속적 계약관계가 발생하는 노무급부(Dienstleistung)의 요소가 강한 복합 계약으로 노무공급계약, 도급계약, 임대계약, 매매계약의 요소를 아울러 갖는 것이라고 보는 ①의 견해에는 한계가 있다 하겠다. ②의 견해 역시 프랜차이저가 직접 공급하는 것이 아니라 지정한 제 3의 생산자나 공급자로부터 상품을 공급받도록 하는 상품배급 프랜차이즈의 설명으로는 한계가 있으며, 영업형 프랜차이즈 계약에 있어서도 단순히 노무 공급만이 아니라 상품, 원료 등을 공급하는 계약내용이 병존할 수 있으므로 일률적으로 노무급부매매 또는 권리용익 임대차라고 할 수 없을 것이다.

한편 프랜차이즈 계약은 이미 위에서 살펴본 바와 같이 ① 프랜차이저의 지적재산권 부여, ② 프랜차이저와 프랜차이지가 공동의 동일한 기업인 듯한 인상의 형성, ③ 프랜차이저의 통제 및 조력 등을 그 내용으로 한다. 따라서 프랜차이즈 계약서에는 특정 지역에서 프랜차이저의 표지를 사용할 수 있는 라이선스, 프랜차이저의 상표권을 보호하는 조항, 품질을 관리하는 조항, 로열티지불기한에 관한 조항, 자본·영업장소 및 보험에 관한 조항, 손해배상에 관한 조항 등이 포함된다. 그러므로 프랜차이즈 계약은 기존의 특약점 계약, 수출대리점 계약, 상품매매계약, 서비스 제공계약, 기술도입계약, 기술이전계약, 특허·노하우라이선스계약, 저작권계약, 상표권 사용허락계약, 기술지도계약(노무제공계약) 등의 내용을 포함하며, 프랜차이즈는 프랜차이저로부터 제공된 원료를 바탕으로 상품을 완성하게 된다는 점에서 위탁계약, 도급계약의 요소도 포함하는 새로운 계약형태의 복합 계약이다.

18) Dieter Medicus, Juristische Kurz- Lehrbücher Schuldrecht II, 2 Aufl, 1985, S.256.

(2) 雙務·有償契約

프랜차이즈 계약은 프랜차이저가 프랜차이지에게 자신의 지적재산권을 부여하고, 영업표지 등의 사용권을 부여함으로써 동일한 기업으로서의 인상을 형성케 하며, 프랜차이지는 그에 대하여 프랜차이즈료를 지급하며 그의 통제와 조력을 받는다는 점에서 쌍무계약이다. 또한 프랜차이지가 프랜차이저에게 사용허락 대가로 로얄티를 지불한다는 점에서 유상계약이다.

(3) 繼續的 契約

프랜차이즈계약은 일정한 존속기간 동안 지속적으로 행하여 지는 계속적 계약이다. 따라서 존속기간의 만료나 계약의 해지에 의해 계약의 법률관계가 종료되지 않는 한 그 법률관계가 지속된다.

(4) 商事契約

프랜차이저와 프랜차이지 사이에 체결되는 계약은 商事契約이며 국제적으로 체결되는 경우에는 국제거래계약이다.

3. 프랜차이즈 계약과 유사한 계약

프랜차이즈 계약은 여러 가지 계약이 혼합되어 있어 언뜻 보기에는 상표권사용허락계약, 상호사용계약, 서비스사용계약, 저작권사용계약, 기술지도계약, 경영지도계약, 대리상계약, 상품매매계약 등이 포함되어 있어 혼동하기 쉽다. 그리하여 여기서는 몇 가지 계약과 간단히 비교 검토해 보겠다.

① 대리상과의 관계에 있어, 프랜차이는 대리상과 같이 독립상인이라는 점에서는 동일하나, 대리상은 상시 그 영업분류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하지만(상법 제87조), 프랜차이지는 다른 상인의 대리나 중개를 하는 것이 아니고 자기자신이 영업주체로서 직접 거래의 당사자가 된다.

② 위탁대리인과의 관계에 있어, 위탁대리인은 자기의 명의로 타인의

계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자이며(상법 제101조), 프랜차이즈는 자기의 명의로 자기의 계산으로 영업을 하는 점에서 다르다 할 수 있다.

③ 고용계약과의 관계에 있어, 고용계약은 당사자의 일방이 상대방에게 노동력과 경영지도 등을 제공하고, 상대방은 그 상대방에게 보수를 지급할 것을 약정하는 데는 동일하나, 고용계약은 사용자에게 독립성 없이 종속되지만, 경영지도나 기술지도 등의 프랜차이즈 계약은 종속성 없이 독립된다.

④ 지적 재산(특허, 실용신안, 디자인, 상표, 상호, 저작권, 영업비밀 등) 라이선스 계약과의 관계에 있어, 양 계약은 도입자(프랜차이지, 라이선서)가 이전자(프랜차이저, 라이선서)로부터 지적 재산권을 양수받아 사용(실시)하는 것은 동일하다. 그러나, 지적 재산권 라이선스 계약은 일정한 기간 동안만 사용(실시)할 수 있으며, 예컨대 상표라이선스계약의 경우 상표사용자에 대하여 그의 제조상품 또는 서비스에 상표사용을 허락하면서 그 품질이 적정 수준을 유지하도록 감독하고 상표사용자는 상표사용에 대한 수수료를 지급하는 정도에 그치는 점에 반하여, 프랜차이즈 계약은 가맹본부 가맹점으로 하여금 상표사용을 허락함은 물론 제반 영업표지에 의하여 가맹점의 영업을 표상하도록 하면서 가맹점의 제반 판매상품 및 서비스를 완전한 동일성을 갖추도록 하며, 영업에 관한 포괄적인 지원과 통제를 하고, 가맹점은 그러한 영업권 부여와 지원에 대한 대가로서 프랜차이즈료를 지급하도록 한다는 점에서 양자는 차이가 난다.

⑤ 합작투자(Joint-Venture)계약과의 관계에 있어, 합작투자계약은 2인 이상의 투자자간의 계약으로 공동소유, 상호간 통제, 이익 분배 등이 있으나, 프랜차이즈 계약은 프랜차이저와 프랜차이지와의 독립한 상인(상법 제46조 제20호)이므로 공동소유, 이익분배, 상호간 통제 등이 없다.

4. 프랜차이즈의 유형

프랜차이즈라면 많은 사람들이 롯데리아, 맥도널드, 버거킹, KFC 등과

같은 패스트 푸드를 연상하게 되는데, 실제에 있어 프랜차이즈에는 패스트 푸드를 포함해 여러 종류의 것이 있으며, 이를 다양한 유형으로 분류하고 있다. 이외에도 여러 학자들이 각양각색의 분류하고 있는데, 여기서는 몇 분의 견해만을 간단히 소개하기로 한다.

에드워드 그래탄(Edward Grattan)은 1994년 11월 4일 AIPPI 한국 총회 세미나때 미국 내에서 특수한 상업적 상황에 의존하는 프랜차이즈로 다음과 같은 3가지를 소개하였다.

① 유통형 프랜차이즈(Distribution Franchise)

여기서는 프랜차이즈는 어떤 상표가 부착된 제품의 제조기밀, 제조공정 등을 활용하여 프랜차이지에게 그러한 제조기밀이나 제조공정을 이용하여 제조된 제품에 자신의 상표를 부착하여 최종 제품을 배포하도록 허락한다. 이러한 형태의 프랜차이즈의 예로는 청량음료를 병에 넣어 마무리(bottling)하는 형태가 있다. 이는 상표를 부착해서 판매하는 자동차, 자전거, 의류, 신발류 및 가솔린과 같이 생산업자인 프랜차이지에게 자신의 상품에 대한 유통망을 제공해 준다.

② 영업형 프랜차이즈(Business Franchise)

영업형 프랜차이즈는 프랜차이즈의 상세한 지시에 따라 소매판매점을 운영하는 프랜차이지에게 자기가 가지고 있는 상표를 사용하게 함으로써 그러한 가치있는 상표를 개발할 수 있도록 해 준다. 이러한 형태는 “패키지형 프랜차이즈(Package and Product type of Franchise)”라고 알려져 있기도 하다. 이러한 프랜차이즈 형태의 예로는 댄스학교, 프라이드 치킨, 핫도그와 햄버거, 테이크 아웃 판매점, 아이스크림 판매점, 나이트 클럽, 피자점과 요구르트 판매점 등이 있다.

③ 제조형 프랜차이즈(Manufacturing Franchise)

최기원 교수는 제조 프랜차이즈(제공자가 개발한 독특한 제조방법을 이용자가 이용하여 상품을 제조해서 제공자의 상표로 판매하는 형태)와 판

매 프랜차이즈(제공자가 자사 상품을 판매하기 위하여 지속적인 상품공급 계약을 맺고 이용자로 하여금 판매케 하는 형태) 그리고 소매연쇄점 프랜차이즈(제공자가 개발한 상호·경영노하우 등을 사용하여 이용자가 소비자에게 상품 또는 서비스를 제공하는 형태: 서비스 프랜차이즈)로 나누고 있다.

이러한 최 교수의 분류 방법은 상호나 상표, 서비스표, 경영지도 등의 영업적 노하우만을 대상으로 하고 있는 편의점(LG25, 세븐일레븐, 훼밀리마트, 미니스톱, 바이더웨이, 씨클 K), 렌트카, 호텔, 부동산 등의 유통형 프랜차이즈에는 적용되나, 기술적 노하우나 특허권 등을 대상으로 삼고 있지 않다. 또 패스트 푸드나 음식점, 레스토랑 등을 소매연쇄점형 프랜차이즈에 속한다고 하고 있으나 이는 특허권이나 기술적 노하우를 포함시키지 않고 있다.

손 주찬 교수는 프랜차이즈를 ① 상품 또는 서비스의 유통단계에 따라 ㉠ 생산자와 도매상간의 프랜차이즈, ㉡ 도매상과 소매상간의 프랜차이즈, ㉢ 생산자와 소매상간의 프랜차이즈로 분류하고, ② 유통대상에 따라 ㉠ 상품프랜차이즈 ㉡ 생산 및 공정 플랜트 ㉢ 영업형 프랜차이즈로 분류하고 있다¹⁹⁾.

이 은영 교수·최 영홍 박사는 프랜차이즈 계약의 내용에 따른 분류와 유통단계에 따른 분류로 나누어 설명하고 있으며, 계약 내용에 따른 분류를 다시 ① 상품판매형 프랜차이즈와 ② 영업형 프랜차이즈 ③ 생산 및 공정 플랜트로, 프랜차이즈사업의 유통단계에 따른 분류를 다시 ① 도매프랜차이즈와 ② 소매프랜차이즈로 나누고 있다²⁰⁾.

서 현제 교수는 프랜차이즈를 가맹본부와 가맹점간의 관계에 따라 종속형 프랜차이즈와 조합형 프랜차이즈로 구분하고, 그 목적에 따라 산업 프랜차이즈와 서비스 프랜차이즈(호텔체인), 유통 프랜차이즈와 생산 프랜차이즈로 각각 구분할 수 있다고 보고 있다²¹⁾.

이외에도 프랜차이즈를 크게 결합관계, 업종, 제공의 내용, 프랜차이지의 권한 범위에 따라 분류하는 경우도 있다²²⁾. 결합관계에 따른 분류의 프

19) 손 주찬, 앞의 글, 277~278면.

20) 이 은영, 앞의 글, 10~11면; 최 영홍, 앞의 논문, 19~21면.

21) 서 현제, 앞의 글, 365~366면.

랜차이즈란 프랜차이즈는 프랜차이즈 제공자 및 이용자가 서로 상이한 유통단계에서 수직적으로 결합할 수도 있고, 동일한 유통단계에서 수평적으로 결합할 수 있는데, 그 결합관계에 따라 프랜차이즈를 분류한 것이다. 업종에 따른 분류의 프랜차이즈는 프랜차이즈를 그 프랜차이즈 대상이 되는 업종에 따라 분류하는 것으로 크게 외식업 프랜차이즈, 소매업 프랜차이즈, 서비스업 프랜차이즈로 분류하고 있다. 제공의 내용에 따른 분류의 프랜차이즈는 프랜차이즈가 프랜차이지에게 무엇을 제공하는가에 따라 분류하는 경우로 사업형 프랜차이즈(Business Format Franchise)와 상품·상호형 프랜차이즈(Format & Name Franchise)로 분류한다. 이때 사업형 프랜차이즈란 상호·상표 등 영업을 상징하는 표지의 사용 또는 상품의 공급은 물론 점포의 선정, 직원교육, 사업확장, 광고, 시장조사 등 영업전반에 관한 노하우를 제공받는 것을 말하고, 상품·상호형 프랜차이즈란 프랜차이지에게 상호·상표 등 영업을 상징하는 표지의 사용을 허락함과 동시에 상품만을 공급하고, 그 영업에 관한 노하우를 제공하지 않는 프랜차이즈를 말한다²³⁾. 프랜차이즈의 권한 범위에 따른 분류는 프랜차이즈를 프랜차이지의 권한 범위 또는 권한의 내용에 따라 분류하는 방식으로 단일 지역 프랜차이즈와 복수지역 프랜차이즈로 나눌 수 있고, 복수지역 프랜차이즈는 다시 지역개발 프랜차이즈와 지역분할 프랜차이즈로 분류할 수 있다²⁴⁾.

IV. 프랜차이즈계약에서의 仲裁

프랜차이즈계약은 계약자유의 원칙에 의하여 프랜차이즈와 프랜차이지가 어떠한 계약을 체결하더라도 자유이다. 그러나 프랜차이즈계약을 체결

22) 한국법제연구원, 프랜차이즈 관행에 관한 연구, 1994, 31~33면.

23) Ross A. Mc Callum, Franchising, New York; John Wiley & Sons Inc.(1993), 1~2면; International Franchising Association, Franchising Fact Sheet(1994.8.15), 2면.

24) 김 은성, 앞의 글, 25~26면.

할 시 계약서에 프랜차이즈가 우월적 지위를 이용하여 프랜차이즈에게 유리한 條項을 계약서에 넣어 계약을 체결하려고 할 것이다. 불공정한 계약을 체결하는 경우는 8절에서 논하기로 하고²⁵⁾, 중재조항이 없는 경우와 있는 경우의 利點 그리고 절차, 예문 등을 살펴보기로 한다.

계약이 성립하면 계약서대로 이행하여야 한다. 계약이행에 있어 문제가 발생한 경우에는 양당사자가 성실히 협의하는 것이 원칙이지만, 협의가 잘 이루어 지지 않을 경우에는 約定에 따라 裁判이나 仲裁에 의한 해결을 찾는 것이 보통이다. 특히 지적재산권의 라이선스계약에서는 재판이나 중재의 방법으로 해결한다고 정하는 경우가 대부분이다.

仲裁란 紛爭의 解決을 위하여 當事者가 裁判을 선택하지 않고 제3자인 仲裁人의 判斷에 맡겨 그 판단을 最終的인 것으로 한다. 이러한 중재는 당사자가 明確히 合意(仲裁契約)함으로서 成立한다. 국제중재계약은 분쟁 당사자가 국제계약상의 분쟁을 예상하여 분쟁해결기능을 중재기관에 의뢰하기로 하는 계약 당사자 사이의 意思의 合意로서 맺어진 중재계약이다. 일반적으로 중재계약을 체결함에 있어서 仲裁機關, 仲裁地, 仲裁節次, 適用法規 등의 4가지 사항은 명확하게 반드시 기재하여야 한다.

통상의 국제프랜차이즈라이선스계약에서는 仲裁條項을 두는 것이 보통이지만, 별도의 중재계약을 맺는 경우도 있다. 이러한 중재계약은 라이선스계약과 별도의 계약이기 때문에 라이선스계약이 無效 또는 取消가 되더라도 중재계약은 有效하게 存續한다²⁶⁾.

또 성립 및 효력의 해석에 대해서는 라이선스계약과 별도로 準據法이 판단된다. 중재계약의 준거법이 合意되지 않은 경우에는 뉴욕조약에 의해 중재지와 준거법을 정하는 것이 일반적이나, 개정 중재법 제29조 2항에 따르면, 당사자들의 준거법 지정이 없는 경우에 중재판정부는 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 준거법으로 적용하도록 정하고 있다.

중재계약에 있어서 가장 중요한 점은 중재지와 준거법을 선택하는 문제일텐데, 중재계약에 앞서 분쟁해결수단을 「재판」으로 할 것인가 아니면

25) 윤 선희, 국제계약법 이론과 실무, 법률출판사(1998년) 참조.

26) 最判昭50.7.15.民集,29卷,6號,p.1061

「중재」로 해결할 것인가를 결정하여야 하며, 중재로 하는 경우에는 「중재인의 선정방법」 그리고 「중재장소」, 「중재기관」, 「사용언어」 「司法上 承認」 등을 고려하여야 할 것이다. 여기서는 중재의 순기능과 중재절차 등을 간단히 살펴보기로 한다.

1. 중재의 利點

프랜차이즈시스템에 있어서 재판절차에 비교한 중재의 利點은 ① 비공개로 행하여지기 때문에 프랜차이즈시스템에서 중요시되는 기업의 이미지 악화나 기업비밀의 유출을 피할 수 있고, ② 분쟁의 성질에 따라 전문가를 중재인으로 선정할 수 있으며, ③ 상대국과 재판제도가 相異한 경우에도 공정한 판단을 기대할 수 있고, ④ 중재지와 관계없이 절차상의 언어를 자유롭게 선택할 수 있으며, ⑤ 당사자간의 편의에 따라 日程管理가 가능하다는 점이다. 또 ⑥ 소송처럼 시간이 많이 걸리지 않기 때문에 많은 변호사 비용이 들지 않는다는 것을 들 수 있다.

계약서중에 중재인의 선정방법, 중재지, 절차상 사용언어를 정해 두어야 한다. 단, 중재조약에 가맹하지 않은 나라의 기업간에는 재판에 의하는 것도 하나의 방법이다.

2. 중재절차

프랜차이즈라이센스계약에 있어서는 통상의 라이선스계약과 마찬가지로 중재조항을 두고 있다. 그러나 국가에 따라서는 중재제도가 다르기 때문에 뉴욕조약 등의 다국간조약이나 2國間조약에 의해 다른 제도를 보완함과 동시에 국제중재기관 등의 중재제도를 이용하게 된다. 따라서, 프랜차이즈 라이선스계약에 있어서도 중재조항에 관하여 다음과 같은 점에 유의하여야 한다.

㉠ 국제국제기관의 선정

각 국제중재기관(예를들면, ICC, AAA, JCAA, KCAB, WIPO중재센터, 대한상사중재원, 특허청 산업분쟁조정위원회 등)에는 각각의 仲裁規則이 있고, 중재지, 중재인, 중재인의 수, 준거법의 선정 등에 대하여 규정하고 있기 때문에 프랜차이즈계약의 내용에 따라 중재기관을 정할 수 있으며, 국제중재기관을 선정할 때에는 이러한 중재기관의 중재규칙 내용을 파악하여 둘 필요가 있다.

한편 국내의 프랜차이즈에 관한 분쟁인 경우에는 한국프랜차이즈협회의 가맹사업분쟁조정협의회에 직접 서면으로 조정을 신청하는 것도 하나의 방법이다. 또 산업재산권법에 관한 것일 때에는 특허청의 산업재산권분쟁조정위원회를 이용하는 것도 검토할 필요가 있다.

㉡ 준거법

중재계약의 준거법은 라이선스계약의 준거법과는 별도로기 때문에 당사자간에 합의하는 경우에는 먼저 중재계약이나 중재판단의 준거법을 정하여 두는 것이 바람직하다. 앞서 언급한 바와 같이, 당사자간에 준거법에 대한 정함이 없는 경우에는 개정 중재법 제29조 2항에 따라 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하도록 하고 있다.

㉢ 중재인 및 그 인원수

적격한 판단, 최소의 비용으로 처리하기 위해서는 당사자간에 먼저 중재인 및 그 인원수에 대하여 합의할 필요가 있고 합의되지 아니한 경우에는 중재기관의 중재규정 등에 의하겠으나 각 중재기관에 따라 정함이 다르기 때문에 주의할 필요가 있다.

㉣ 중재지

중재지로서는 피신청인의 나라가 선정되는 경우가 많지만 당사자간의 합의가 없는 경우는 선정중재기관의 중재규칙에 따르게 된다. 개정 중재법 제21조 2항에 의하면 당사자간의 중재지에 대한 합의가 없는 경우에는 중

재판정부가 당사자의 편의와 당해 사건에 관한 제반 사정을 고려하여 증거지를 정하도록 하고 있다.

3. 예문

예문 1. Article x Arbitration

All disputes, controversies or differences which may arise between the parties, out of or in connection with this Agreement, or for the breach thereof, shall be settled through bona fide negotiations between the parties hereto. Should such negotiations fails to come to the settlement within three (3) months, the parties hereto agree to finally settled by arbitration pursuant to the Korea-America Trade Arbitration Agreement by which each party hereto is bound.

The award shall be final and binding upon both the parties.

예문 2. All disputes, controversies or differences which may arise between both parties, out of or in relation to this Agreement shall be settled through bona fide negotiations between the parties hereto.

In the event that such negotiation fails to result in a settlement within three (3) months, the parties hereto agree to settle such disputes by arbitration to be held in London, United Kingdom, under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce as in forth on the signing date of this Agreement by three (3) arbitrators appointed in accordance with the said rules. The award of the arbitrators shall be final and binding on both parties. The interpretation, application and performance shall be governed by English laws.

As far as practicable parties shall continue to execute this Agreement through bona fide negotiations or arbitrations conducted in pursuance of

this Article.

예문 3. The parties agree to exert all reasonable efforts under the circumstances to resolve amicably any dispute or controversy arising out of or relating to this Agreement or the transactions and relationships contemplated hereby.

Any controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or the negotiation and preparation hereof, or the transactions and relationships contemplated hereby, or any alleged breach thereof which cannot be amicably resolved pursuant to paragraph ____ shall be finally settled by arbitration in accordance with the rules and procedures for conciliation and arbitration established by the Zurich Chamber of Commerce. The award of the arbitrator(s) may be enforced against the parties hereto or their respective assets wherever they may be found. The arbitrators shall be fluent in both the English and German languages.

예문 4. The referral of any matter to arbitration or the commencement of arbitration proceedings shall not in and of itself suspend or terminate this Agreement or the any party hereunder to discharge its obligations hereunder.

V. 프랜차이즈계약의 중재조항과 독점금지 및 공정거래에 관한 법률

프랜차이즈계약에서 법적 책임은 크게 둘로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 대내적 관계로서 프랜차이저와 프랜차이지와의 관계이고, 둘째는 대외적

관계로서 프랜차이저·프랜차이지와 제 3자와의 관계이다.

프랜차이저와 프랜차이지의 관계는 독립적인 상인간의 계약관계이다. 따라서 그 계약관계는 프랜차이저와 프랜차이지의 합의에 의해 성립되므로 사적 자치의 원칙에 따라 계약의 내용이 정해질 것이다. 다만 그 계약의 내용(영업의 기본적 소요비용, 교육지원, 매장운영지원, 실내장식 및 기타 설비, 계속적 물품공급, 로열티, 계약기간, 프랜차이저의 의무, 프랜차이지의 의무 등)은 프랜차이지 계약의 성립요건이라 할 수 있는 특성을 반드시 포함하고 있어야 하며, 이러한 점에서 사적 자치의 원칙에 한계가 그어진다²⁷⁾. 이러한 프랜차이즈 계약의 법률관계를 살피기 위해서는 프랜차이즈 계약의 내용을 검토하여야 하며, 이를 중심으로 규제 방안을 살펴볼 수 있겠다.

우리나라에서 지금까지의 프랜차이즈 계약은 합작 회사의 설립이나 지사 또는 지점 형태나 기술도입계약의 형태로 행하여져 왔다. 그러나 프랜차이즈 계약은 단순한 프랜차이저의 기술만에 대한 사용허락이 아니고 프랜차이저의 상호, 상표, 서비스표, 로고, 저작권, 기술적·영업적 노하우, 의장, 영업비밀, 판매방식 등 사업경영에 필요한 일체의 것에 대한 사용허락이라는 점에서 외자도입법에서 규정하고 있는 기술도입계약과 상표사용허락계약, 합작투자계약 등의 단일법만으로는 대처할 수 없다. 또한, 프랜차이즈는 그 속성상 프랜차이저가 프랜차이지에게 영업지역제한, 판매가격제한, Tie-in, 품질관리, 영업장 디자인 등 많은 조건과 의무를 부과하게 되며, 이러한 조건과 의무가 불공정한 거래행위로 되어 독점규제법에 저촉되는 경우가 많다. 특히 그 실질적인 관계에 있어 프랜차이즈 계약은 프랜차이지 소유의 영업재산 관리와 운명이 프랜차이저에 의하여 좌우된다는 점에서 독립적인 상인간의 대등한 거래관계라고 보기 힘들며, 대부분의 프랜차이즈 계약이 프랜차이저가 미리 일방적으로 설정한 약관에 프랜차이지가 그 승낙여부를 결정하는 형태로 이루어지는 바, 프랜차이즈 계약은 약관규제에관한법률의 적용을 받는다 하겠다. 따라서 프랜차이즈에 관한 것은 새로운 계약문제이므로 기존의 어떠한 단일법만으로는 해결할 수 없다

27) 강희갑·김숙희, 앞의 글, 11면.

하겠으며, 프랜차이즈에 관한 복합적인 법률을 제정하던지 아니면 기존의 여러 법들을 함께 검토하여야 한다. 이에 여기에서는 독점규제법, 상표법 등을 살펴보기로 한다²⁸⁾.

프랜차이즈계약을 체결할 때에 프랜차이저는 프랜차이지에게 상호, 상표, 서비스표, 기술적인 노하우, 특허권, 저작권 등을 사용허락하고, 경영지도, 판매방식 등을 지도하지 않으면 안 되기 때문에, 프랜차이즈 계약을 체결할 때 불평등한 계약이 체결될 수 있다. 즉 프랜차이즈계약은 국제적으로 널리 알려진 프랜차이저의 영업표지와 저작권 등을 프랜차이지로 하여금 사용하게 하고 프랜차이저는 프랜차이지의 고객에게 판매하는 상품이나 서비스가 일정한 품질과 수준을 유지하도록 하여, 프랜차이즈 시스템이 전체적으로 동질성과 신용을 유지할 수 있도록 계속적으로 지도와 통제를 하는 것을 본질적인 요소로 하는 계약²⁹⁾이므로, 불평등한 계약이 체결될 수 있다고 본다. 이러한 경우 독점규제법에 저촉될 수 있다.

독점규제법 제32조 제1항은 부당한 국제계약을 체결하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그리고 국제계약을 체결하는 경우 부당하고 불공정한 계약의 내용이 있는 경우에는 독점규제법 제33조(국제계약의 체결신고)에 의해 제출된 계약서사본의 내용을 심사하여 불공정한 조항이 있는 경우에는 공정거래위원회는 계약의 취소, 수정, 변경 등 시정을 명할 수 있다(독점규제법 제 34조). 이러한 부당하고 불공정한 내용을 심사함에 있어서는 국제계약상 불공정거래행위등의 유형 및 기준(공정거래위원회 고시)에 의해 규제하고 있다.

이와 같이 공정거래위원회가 작성하여 심사하는데 기준으로 삼고 있는 가이드라인이외에도 프랜차이즈와 관련한 불공정 거래행위로서 가맹점 모집시의 허위·과장 광고행위를 들 수 있겠다. 프랜차이저는 가맹점 확대를 통한 이윤극대화에만 치중함으로써 가맹점 모집시 사업내용이나 거래조건

28) 미국의 경우 프랜차이즈 관련 법규로 FTC의 프랜차이즈 공시규칙과 모델 주법인 통일프랜차이즈 및 사업기회법(Uniform Franchise and Business Opportunities Act) 및 그에 따른 각 주의 법이 있으며, 일본은 '프랜차이즈에 관한 독점금지법 적용상의 고려사항'이 있다.

29) 법무부, 프랜차이즈의 법리, 법무자료 115집(1989), 17면.

에 관하여 충분한 정보를 제공하지 않거나 사업성과 등에 대하여 유리한 내용만을 광고하거나 처음부터 전혀 근거없는 허위·기만 광고를 하는 행위를 할 수 있다. 그러나 이러한 행위는 독점규제법 제23조 제1항 6호의 허위·기만 광고나 동 3호의 부당한 고객유인에 해당될 수 있다. 또한 프랜차이저 제공 정보의 허위성이 현저할 때에는 사기를 이유로 계약을 취소할 수 있으며, 그 허위성이 경미한 경우에도 프랜차이저로서는 자신이 제공한 정보대로의 담보책임을 진다 하겠다³⁰⁾.

한편 이러한 허위·과장 광고 등의 불공정 거래행위를 사전에 규제하기 위해 미국이나 일본의 경우에는 계약 내용에 대한 프랜차이저의 계약전 공개를 의무화하고 있다. 즉 미국의 경우 FTC 거래규제규칙은 프랜차이저 또는 그의 중개인이 소정 기일까지 거래대상 가맹점주에게 규칙에서 정하는 20개 항목³¹⁾에 대한 정보를 사전에 서면으로 공개하지 않는 것 등을 연방거래위원회 제5조 (a)항에서 금지하는 '불공정 또는 기만적 행위 및 관행'으로 지정하고, 그 의무를 해태한 경우에는 관할관청의 조사와 의무 이행명령제도 및 법원에 의한 구제 등(통일프랜차이즈 및 사회기업법 제 302조 및 제501조)으로 제재하고 있다. 또한 일본의 경우도 중소소매상업진흥법에서 이러한 설명의무제도 등을 두고 있다³²⁾.

공정거래위원회는 양당사자가 합의한 계약서중 「분쟁이 있는 경우에는 라이선서가 속한 국가의 仲裁機關의 仲裁에 의한다.」라고 규정한 것에 대하여 「라이선서의 국내기관이 분쟁을 仲裁하는 것은 中立性を 잃을 우

30) 同旨 이 은영, 앞의 글, 592-593면.

31) (1) 본사의 신원, (2) 본사의 종업원들의 사업경험, (3) 본사의 사업경험, (4) 소송 경력, (5) 파산경력, (6) 프랜차이즈계약의 내용, (7) 영업개시시에 본사에 지불해야 할 금액(권리료, 보증금 등), (8) 그 후 정기적으로 본사에 지불해야 할 금액(로열티 등), (9) 본사가 요구하는 거래 상대방, (10) 구입의무, (11) 가맹점주가 거래상대방으로부터 구입한 데에 따른 본사의 수입, (12) 운자, (13) 판매제한(취급품목, 고객, 판매지역, 구입선 등의 제한), (14) 가맹점주의 사업수행상의 의무, (15) 계약의 해지 및 갱신거절에 관한 사항, (16) 가맹점의 수 및 직영점포의 수에 관한 통계자료, (17) 점포입지의 선정에 관한 사항, (18) 훈련계획, (19) 유명한 인물이 당해 프랜차이즈에 관여하는 정도, (20) 본사의 재무 상황

32) 다만 그 의무의 해태에 있어서는 동의무이행의 준수를 권고하고 그에 불응할 경우 그 취지를 공표하는데 그치고 있다(중소소매상업진흥법 제 11조, 12조).

려가 있으므로 제3국의 중재기관에 의해 해결하는 것이 바람직하다. 그러므로 이러한 조항은 국제고시 제3조제12호 가에 해당된다。」고 행정지도 하였다.

VI. 맺음말

우리는 이상에서 새로운 계약 형태로서 프랜차이즈 계약에 대하여 그 의의로서 정의, 성립요건, 법적 성질, 유사 계약 및 종류 등을 검토하고, 그러한 프랜차이즈 계약에서 중재조항을 살펴보았다.

먼저 새로운 계약 형태로 발전해 나아가고 있는 프랜차이즈 계약의 개념 정의와 관련하여 특히 미국을 중심으로 한 업계 실무에서의 정의 개념을 검토하고, 함께 우리 상법 제46조 제20호상의 규정을 중심으로 한 우리 학계의 설명을 살펴보았다. 그리고 프랜차이즈 계약이란 프랜차이저와 프랜차이지 사이에 상호·상품 등의 사용권 부여와 일정한 영업상의 지원·통제 또는 노하우의 제공이나 상품 공급 등과 이에 대한 가맹비, 보증금 또는 로열티의 지급이나 상품대금의 지급 등을 합의하는 계약에서 중재조항을 살펴보았다.

Key word : 프랜차이즈, 프랜차이즈계약, 가맹사업자, 중재조항, 중재법, 상사중재규정, 뉴욕협약, 라이선스계약, 상표, 상호,

ABSTRACT

Terms of arbitration in Franchise Agreements

Sun-Hee Yun

According to increase of Franchise Agreements, troubles related to those agreements and trading acts occur frequently. As Franchise system had come from Western countries, franchise agreement troubles tend to international disputes. In fact, those parties entered into a franchise agreement prefer arbitration to lawsuit as a dispute resolution system because arbitration is easy to risk-management for cost and time.

The essential conditions for Franchise agreements are as follows ; for Franchise to grant Intellectual Properties to Franchisee, to give an impression of the same company between Franchise and Franchisee, to control and support Franchisee, for Franchisee to be an independent merchant, and to pay Franchiser license fee.

Because Franchise Agreement is also based on liberty of contract, Franchise and Franchisee could enter into any kind of agreement. However, Franchiser can make an unfair agreement abusing a position of advantage. This paper check those unfair terms and conditions in Franchise agreement.

Once they enter into an agreement, they should fulfil their contract. In case of trouble on performing the contract, both of them have to discuss to solve that trouble faithfully. But, they enter into either lawsuit or arbitration in accordance with agreement when they can't reach a decision in general. Specially, which is the most popular dispute resolution hands in case of Intellectual Property License agreement.

General international Franchise Agreements have arbitration terms, but there is other case such as separate Arbitration Agreement if the want, which is separate from Franchise License agreement, so even though Franchise License agreement is invalidated, Arbitration agreement continues to exist.

This paper reviews Franchise system and the terms of arbitration in Franchise agreement.